

Sygn. akt KIO/UZP 336/08

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 25 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Urządzeń Energetycznych „ESPOL” inż. Krzysztof Dąbrowski, Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Piasta 18a, Otrębusy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Nadarzyn, ul. Mszczonowska 19, Nadarzyn** protestu / protestów* z dnia 27 marca 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Urządzeń Energetycznych „ESPOL” inż. Krzysztof Dąbrowski, Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Piasta 18a, Otrębusy**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Urządzeń Energetycznych „ESPOL” inż. Krzysztof Dąbrowski, Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Piasta 18a, Otrębusy**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Urządzeń Energetycznych „ESPOL” inż. Krzysztof Dąbrowski, Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Piasta 18a, Otrębusy** na rzecz **Gmina Nadarzyn, ul. Mszczonowska 19, Nadarzyn**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Urządzeń Energetycznych „ESPOL” inż. Krzysztof Dąbrowski, Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Piasta 18a, Otrębusy**

Uzasadnienie

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego na rewaloryzację parku w Młochowie, zwani dalej Konsorcjum lub Odwołującym, zarzucili Zamawiającemu, którym jest Gmina Nadarzyn wadliwe rozstrzygnięcie protestu w piśmie z dnia 4 kwietnia 2008 r. i obrazę przepisów art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez nie rozstrzygnięcie wszystkich złożonych protestów jednocześnie oraz nie uwzględnienie protestu Wykonawcy z dnia 27 marca 2008 r. w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Rymix - Bis S.A. oraz nie przywrócenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum.

W konkluzji wniósł o zmianę rozstrzygnięcia protestu przez:

1. odrzucenie oferty Rymix – Bis S.A. jako nie spełniającej warunków formalnych wyrażonych w siwz,
- 2/ przyjęcie, że oferta Konsorcjum jest prawidłowa i spełnia warunki siwz,
- 3/ nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego rozstrzygnięcia przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum

Uzasadniając zarzuty wskazał, że dokonane Zamawiającego rozstrzygnięcie protestu nie spełnia warunków formalnych nałożonych przez art. 184 Pzp. Zgodnie z art. 183 ust. 1 Zamawiający ma obowiązek rozpoznać wszystkie protesty jednocześnie. W postępowaniu zostały złożone w terminie trzy protesty i Zamawiający powinien je rozstrzygnąć. Tymczasem Konsorcjum zostało powiadomione tylko o sposobie „potraktowania” jego protestu.

Nadesłane dnia 4.04.2008 r. w formie faxy pismo zatytułowane „rozstrzygnięcie protestu” nie zawiera cech rozstrzygnięcia.

Protest Konsorcjum zawierał dwa elementy:

- pierwszy dotyczący samego Konsorcjum, gdzie Wykonawca wnosił o zmianę pierwotnego rozstrzygnięcia, w postaci odrzucenia, jako rzekomo wadliwej oferty i uznanie jej za prawidłową, a zatem ponowne rozstrzygnięcie zamówienia z uwzględnieniem oferty Konsorcjum. Zamawiający powinien był zatem protest uwzględnić lub oddalić. Tymczasem pismo z 4.04.2008 r. nie zawiera takiego stwierdzenia, a jedynie powołany wyżej tytuł. W konsekwencji Konsorcjum z ostrożności procesowej traktuje rozstrzygnięcie jako nie uwzględnienie jego protestu;
- drugi element protestu dotyczy wniosku o odrzucenie oferty Rymix – Bis S.A. W rozstrzygnięciu Zamawiający stwierdził, że „Protest Pana został uwzględniony w części dot. wyboru oferty Rymix – S.A. z Warszawy jako najkorzystniejszej”. Odwołujący mógł zatem sądzić, że skoro protest został uwzględniony, to skutkiem tego stanowiska jest odrzucenie oferty Rymix – Bis S.A. ze względu na podniesione w proteście rażące wady prawne oferty. Jednak w rozstrzygnięciu nie padło stwierdzenie o odrzuceniu oferty Rymix –

Bis S.A., w związku z czym Odwołujący nie wiedział, czy kwestionowana oferta została odrzucona, czy nie, a także jakie i ile ofert miało by być ponownie oceniane.

Odwołujący wskazał nadto na rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 184 ust 4 Pzp w części dotyczącej sporządzenia uzasadnienia, gdyż dwuzdaniowe uzasadnienie nie zawiera odniesienia się do twierdzeń i zarzutów Konsorcjum.

Podtrzymując i odwołując się do treści swojego protestu z dnia 28.03.2008 r. Konsorcjum podtrzymuje argumenty zawarte w tym proteście wskazując, że Jego oferta nie zawiera wad merytorycznych, natomiast oferta Rymix – Bis S.A. zawiera wady dyskwalifikujące tę ofertę.

Kwestionując wybór konkurencyjnej oferty tj. firmy Rymix – Bis S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp przez nie odrzucenie tej oferty mimo istnienia podstaw do tego.

Wskazał, że:

1/ przedmiot działalności wykonawcy nie zawiera pozycji PKD – Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenu zieleni, co skutkuje niemożnością zawarcia umowy obejmującej roboty w zakresie kształtowania terenów zielonych lub parków,

2/ Wykonawca złożył referencje dot. rzekomych rewaloryzacji parków zabytkowych w ostatnich 5 latach mimo, iż referencje te nie dotyczą parku zabytkowego albo wykonywane roboty przez Rymix – Bis w parku zabytkowym nie miały cech rewaloryzacji parku; podniósł, że referencje z 29.11.05 dotyczą placu, a nie parku, i wskazał, że obiekt ten nie jest zabytkiem. Pozostałe 2 referencje jakkolwiek dotyczą parku zabytkowego wskazują, że Rymix wykonywał wyłącznie prace budowlane bez pielęgnacji lub konserwacji zieleni. Przypomniał, że sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie uznał, że wykonanie prac budowlanych w parku zabytkowym nie może być uznane za spełnienie warunku z pkt VII.1.2 siwz.

3/ sprzeczność oferty z siwz na niekorzyść Zamawiającego w postaci:

- na s. 44 w pozycji 66 zmieniono obmiar w zakresie ilości – krotności, bez parafowania poprawki, w stosunku do stanu pierwotnego,

- w części Szata roślinna w poz. 28 zmieniono ilość nasadzeń z 16 na 9 szt. Bez parafowania poprawki w stosunku do stanu pierwotnego.

Decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum Odwołujący zarzucił :

1/ w części dot. pkt a – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne przyjęcie niezgodności z postanowieniami siwz, gdyż przyjęte przez Wykonawcę podstawy do obliczeń grubości jezdni i ścieżek są korzystniejsze od wartości minimalnych podanych w siwz. Wykonawca zaproponował grubość jezdni 15 cm, a z siwz wynika 5 cm, grubość alejek żwirowych zaproponowana przez Wykonawcę – 11 cm, w siwz – 5 cm. Również ilość kwiatów przewidzianych do nasadzenia jest korzystniejsza od minimalnej

określonej w siwz tj. 16 szt/m², a siwz wymagał normy 9 szt/m². Tym samym, w ocenie Wykonawcy ilości te są zgodne z zasadami sztuki.

Konsorcjum wskazuje, że zaproponowało lepsze warunki uwzględniając możliwe naturalne wypadnięcia, a w przypadku dróg lub ścieżek poprawiające komfort przyszłych użytkowników. Załączył opinie rzeczoznawców NOT na potwierdzenie swojego stanowiska.

Ponadto powołując przepisy ustawy z dnia 23 lipca 2003 o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz rozporządzenia wykonawczego z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorski, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (...) Wykonawca wskazał, że zgodnie z § 7 rozporządzenia prace będące przedmiotem zamówienia mają być prowadzone w parku – zabytku wpisanym do rejestru zabytków i muszą być wykonywane przez osoby mające odpowiednie uprawnienia. Z tego powodu zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawców do przedstawienia uprawnień osób mających realizować przedmiot umowy.

Wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający wskazał, że w rozstrzygnięciu protestu poinformował Odwołującego o tym, że uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutów podniesionych w stosunku do oferty Rymix – Bis S.A. i dokona ponownej oceny złożonych ofert w terminie po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp, gdyż nie uwzględnił żądań Odwołującego dotyczących czynności odrzucenia Jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający wskazał, że w siwz w pkt XIV.12 siwz określił wynagrodzenie jako kosztorysowe, a jak wynika z analizy oferty Odwołującego treść tej oferty nie odpowiada treści siwz. Niezgodność polega na rozbieżnościach w ilości nakładów i opisie podstaw wyceny kosztorysu ofertowego w stosunku do przedmiaru robót w części „szata roślinna” oraz w dwóch pozycjach w części „nawierzchnia dróg i placów”

Wskazując na powyższe wniósł o oddalenie odwołania.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania od rozstrzygnięcia protestu skład orzekający KIO, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron reprezentowanych przez pełnomocników, ustalił, co następuje .

Oceniając zagadnienie interesu prawnego we wnoszeniu protestu i odwołania w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego Izba w składzie orzekającym uznaje, że Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 Pzp w stosowaniu środków prawem dopuszczonych, a zmierzających w efekcie do uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Oceniając zawarte w odwołaniu zarzuty dotyczące treści rozstrzygnięcia protestu zawartego w dokumencie z dnia 4.04.08 r. Izba nie podziela poglądu o rażącym naruszeniu przez

Zamawiającego przepisów art. 183 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 wynikającym z nieprecyzyjnej i niepełnej treści rozstrzygnięcia. Należy bowiem wskazać, że rozstrzygnięcie protestu w sposób wskazany w przepisie art. 183 ust. 4 jest wskazówką ustawodawcy, który jednocześnie nie ustanawia prawnego obowiązku dokonywania rozstrzygnięcia protestu. W konsekwencji stanowisko Zamawiającego, które nie ma waloru rozstrzygnięcia protestu powinno być uznane za brak rozstrzygnięcia ze skutkiem unormowanym w art. 183 ust. 4, tj. uznaniem, że protest został oddalony, a protestujący ma otwartą drogę postępowania odwoławczego na tych samych zasadach, jak w wypadku rozstrzygnięcia polegającego na odrzuceniu czy oddaleniu protestu.

Izba odwoławcza nie dysponuje tym samym instrumentem prawnej oceny treści rozstrzygnięcia protestu i wpływu na tę treść, jakkolwiek treść stanowiska Zamawiającego wskazuje na częściowe uwzględnienie protestu i częściowe jego oddalenie. W przypadku braku uwzględnienia protestu powtórzenie oprotestowanej czynności wyboru oferty może nastąpić dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu w rozumieniu art. 182 ust 2 Pzp, na podstawie art. 184 ust 5 pkt 2 Pzp.

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawców do przedstawienia uprawnień wymaganych przez ustawę z dnia 23 lipca 2003 o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz rozporządzenie wykonawcze z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich (...) przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków(...) osób mających realizować przedmiot umowy jest zarzutem do treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem jako złożony po terminie określonym w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp podlega odrzuceniu bez merytorycznego rozpatrzenia, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt ustawy.

Uznając za prawidłowe zgodne stanowisko stron dotyczące oferty pierwotnie wybranej, w tym decyzję Zamawiającego, który uwzględnił protest uznając za zasadne odrzucenie oferty konkurencyjnej, tj oferty firmy Rymix – Bis S.A. Izba odstąpiła od szczegółowego oceniania wszystkich zarzutów w stosunku do tego wykonawcy wskazując jedynie, że brak wpisu w ewidencji działalności gospodarczej lub innym rejestrze przedsiębiorców określonego rodzaju działalności nie stanowi zakazu prowadzenia również innej od zadeklarowanej w rejestrze działalności i nie skutkuje z mocy prawa niemożnością zawarcia lub nieważnością umowy obejmującej roboty w zakresie kształtowania terenów zielonych lub parków. Stwierdzenie powyższe dotyczy tych rodzajów działalności, których prowadzenie wynika z deklaracji przedsiębiorcy i nie wymaga odrębnych zezwoleń lub koncesji.

Oceniając przesłanki, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje:

Niesporny jest stan faktyczny polegający na odmiennym opisie podstawy wyceny w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiarów robót zawartych w załącznikach do

specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trzech pozycjach kosztorysu, tj. w części „Szata roślinna” poz. 28, w części „Nawierzchnie dróg i placów” poz. 24 „Nawierzchnie żwirowe, warstwa jedni dolna...” oraz poz. 26 „Nawierzchnie żwirowe, warstwa jezdni górna”. Wykonawca zaproponował grubość jezdni 15 cm, a w siwz podano 5 cm, grubość alejek żwirowych zaproponowana przez Wykonawcę to 11 cm, a żądana w siwz – 5 cm. Ponadto ilość kwiatów przewidzianych do nasadzenia jest różna, gdyż w ofercie wskazano 16 szt/m², a z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień z dnia 19 lutego 2008 r. do specyfikacji wynika, że Zamawiający wymagał normy 9 szt/m². Jednocześnie strony nie kwestionowały zgodności oferty z wymaganymi obmiarami powierzchni w stosunku do warunków zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że opisy specyfikacji nie operują w omawianych pozycjach określeniami pozwalającymi na ich elastyczne rozumienie np. poprzez wskazanie minimalnej ilości lub grubości. Sugestie Odwołującego, zawarte w omawianym zakresie w treści protestu, że w siwz podano wartości minimalne, nie znalazły potwierdzenia w materiale sprawy. Wielkości wprowadzone przez Odwołującego do oferty są tym samym niezgodne z postanowieniami specyfikacji niezależnie od przedstawianych ocen, że wprowadzone zmiany są korzystne dla Zamawiającego. Również fakt, że są to propozycje zgodne z zasadami sztuki nie zmienia przyznanej okoliczności powstania różnic.

Izba ustaliła również, że z projektu budowlanego/wykonawczego nawierzchni stanowiącego część dokumentacji projektowej wynika, że wymagane było wykonanie nawierzchni żwirowych w warunkach bezwzględnej technologii i materiałowej, ze ścisłym zachowaniem proporcji poszczególnych frakcji materiału (s. 15). Oznacza to, że parametry warstw nawierzchni zostały określone w wielkościach bezwzględnych, a nie jak podano w proteście, jako wartości minimalne.

Biorąc pod uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie wynagrodzenie wykonawcy zostało w siwz w pkt XIV.12 jednoznacznie określone jako kosztorysowe, stwierdzić należy, że kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część. W konsekwencji oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uznała słuszności stanowiska Odwołującego jakoby zachowanie w kosztorysie ofertowym wielkości obmiarów poszczególnych pozycji wynikających z przedmiaru było wystarczające do uznania zgodności oferty z treścią specyfikacji. Opis pozycji ujęty w przedmiarze określa wymagania Zamawiającego co do sposobu wykonania prac i nie może być dowolnie modyfikowany przez wykonawców.

Wobec ustalenia zaistniałych odstępstw w ofercie Odwołującego w stosunku do treści siwz, orzeczono, jak na sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*